



ACÓRDÃO N.º 14 /06 – 21FEV2006-1.ª S-PL
RECURSO ORDINÁRIO N.º25/2005
(Processo n.º 693/2005)

DESCRITORES:

Ajuste directo

Circunstância imprevista (art.º 26.º, n.º 1 do DL 59/99, de 2/3)

Obras cuja execução, por motivos técnicos, só possa ser confiada a uma entidade determinada (art.º 136.º, n.º 1, al. b), do DL 59/99, de 2/3);

Motivos de urgência imperiosa (art.º 136.º, n.º 1, al. c), do DL 59/99, de 2/3);

Trabalhos a menos dedutíveis aos trabalhos a mais, para efeitos do disposto no n.º 1 do art.º 45.º do DL 59/99, de 2/3.

SUMÁRIO:

1. Circunstância imprevista (art.º 26.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2/3) é toda a circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto;
2. Verifica-se a previsão e a estatuição da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, quando, por razões de mercado, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada obra;
3. Não se verifica a previsão e a estatuição da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, quando, por razões imputáveis à entidade adjudicante, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada;
4. Motivos de urgência imperiosa (art.º 136.º, n.º 1, alínea c) do DL 59/99, de 2/3) são motivos que se impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de acorrer-se com rapidez;
5. Trabalhos a menos são todos aqueles trabalhos que, estando contratualizados, não foram efectivamente realizados, e que, portanto, não



serão (ou não deverão ser) objecto de qualquer contraprestação por parte do dono da obra;

6. A não realização de tais trabalhos pode dever-se, *inter alia*, a diversas circunstâncias:

a. Trabalhos que, estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outros da mesma natureza ou com o mesmo fim; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro da mesma natureza ou com o mesmo fim (“trabalho a mais”) que se deixou de fazer o trabalho inicialmente contratualizado; há, aqui, uma relação directa de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”;

b. Trabalhos que, estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outros de que tenha resultado a desnecessidade de efectuar aqueles trabalhos; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro (“trabalho a mais”) que se tornou desnecessária a realização de determinado(s) trabalho(s), que estava(m) inicialmente contratado(s); há, aqui, uma relação, pelo menos, indirecta de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”;

c. Trabalhos que, estando contratualizados, foram suprimidos, no decurso da obra, àquele contrato.

7. Na situação referida em **6. c)**, há um elemento essencial do objecto do contrato que dele deixou de fazer parte; nas situações referidas em **6 a) e b)**, está-se ainda perante todos os elementos essenciais do objecto contratual;

8. Na situação referida em **6. c)**, os trabalhos a menos, porque retirados ao objecto do contrato inicial, terão necessariamente que ser subtraídos ao valor daquele contrato; nas situações referidas em **6 a) e b)**, os trabalhos a menos, porque, na sua essencialidade, em nada alteraram o objecto do contrato inicial, podem ser deduzidos aos trabalhos a mais a que se refere o art.º 45.º, n.º 1, do DL n.º 59/99, de 2/3.



ACÓRDÃO N.º 14 /06 – 21FEV2006-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º25/2006

(Processo n.º 693/2005)

1. RELATÓRIO

1.1. A CÂMARA MUNICIPAL DE VIEIRA DO MINHO, inconformada com o Acórdão n.º 132/05, que recusou o visto ao “termo adicional” ao contrato de empreitada “Construção do Auditório Municipal de Vieira do Minho”, celebrado, por ajuste directo, com a sociedade “**FDO Construções, S.A.**”, pelo valor de 351 730,44 €, a que acresce IVA, do mesmo veio interpor recurso jurisdicional, concluindo como se segue:

“a) O douto Acórdão recorrido, ao recusar o visto ao termo adicional ao contrato de empreitada de construção do auditório municipal de Vieira do Minho, alicerça-se, para o efeito, em fundamentos de facto e de direito que não podem de algum modo sufragar-se;

b) Antes do mais, devem considerar-se **trabalhos a mais** e, nessa exacta medida, ter-se por subsumidos no art.º 26.º, n.º 1, do DL n.º 59/99, de 2 de Março, **os executados em matérias de instalações mecânicas**;

c) Do mesmo modo, devem entender-se como autênticos **trabalhos a menos**, de todos os pontos de vista juridicamente relevantes, mormente pelo que concerne à preclusão da aplicação à hipótese dos autos do preceituado no artigo 45.º, n.º



1, do RJEOP, os resultantes da supressão dos arranjos exteriores e, bem assim, do sistema de drenagem de águas;

d) Acresce que se tem igualmente por seguro que a contratação, por ajuste directo, ao primitivo empreiteiro da aquisição de equipamentos técnicos e de iluminação cénica e dos sistemas de som e de cinema (e, bem assim, da correlativa instalação), cabe na letra e no espírito do art.º 136.º, n.º 1, alínea b), do RJEOP;

e) A finalizar, afigura-se, igualmente que goza de suporte jurídico-normativo semelhante, encontrando, designadamente, acolhimento na alínea c) do já referido art.º 136.º, n.º 1, do RJEOP, a adjudicação, ainda por ajuste directo, ao empreiteiro originário do auditório municipal, do fornecimento da aplicação de aço com sapatas e do sistema de segurança contra incêndios.

Nestes termos, deve o presente recurso ser julgado procedente, e anulado, em consequência o duto Acórdão recorrido (...) por errada interpretação e aplicação em especial do disposto nos artigos 26.º, n.º 1, 45.º, n.º 1, e 136.º, n.º 1, alíneas b) e c), todos do RJEOP.”

1.2. O Ex.mo Procurador-Geral Adjunto, em bem fundamentado parecer, pronunciou-se no sentido da improcedência do recurso.

1.3. Foram colhidos os vistos legais.

*



2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Factos dados como assentes no Acórdão recorrido:

A) A Câmara Municipal de Vieira do Minho celebrou com a sociedade “FDO Construções, S.A.” um termo adicional ao contrato de empreitada “Construção do Auditório Municipal Vieira do Minho” pelo valor de 351 730,44 €, a que acresce IVA;

B) O valor dos trabalhos agora contratados representa 23,82% do valor do contrato inicial, que era de 1 476 594,08 €;

C) Para apuramento do montante do presente adicional concorreram as seguintes parcelas:

“trabalhos a mais da proposta” = 58 898,07€

“trabalhos a mais de natureza não prevista” = 402 502,52€

“trabalhos a menos da proposta” = 109 670,15€, de que resulta o valor de 351 730,44€;

D) De entre os trabalhos a preços não contratuais a que se reporta o presente contrato contam-se os respeitantes a “fornecimento e aplicação de aço com sapatas” (35 458,79€), “segurança contra incêndios” (80 668,90€), “instalações mecânicas” (26 599,60€), “equipamentos técnicos” e “iluminação cénica” (68 675,34€) e “sistemas de som de cinema” (23 899,60€), que somam 235 329,23€;

E) De acordo com a “nota descritiva e justificativa de trabalhos a mais”, de 29.11.2004, “estes trabalhos ficaram a dever-se essencialmente a erros e omissões do projecto levado a concurso”;

F) Justificação semelhante consta da informação da DOMSU da



autarquia, com a data de 28.4.2005;

G) Por seu turno, o Ex.^{mo} Presidente da Câmara Municipal veio informar não estar “em curso qualquer procedimento tendente a apurar eventuais responsabilidades pelos erros e omissões tardiamente detectados, pois reconhece-se a complexidade do projecto que sofreu alterações e que originaram os erros e omissões detectados” (ofício n.º 4784, de 20/6/2005);

H) Para apuramento do montante do presente contrato, abateram-se aos trabalhos a mais, entre outros, os seguintes “trabalhos a menos” que foram suprimidos da empreitada inicial:

- Arranjos exteriores – 21 800,02€
- Drenagem de águas – 12 829,08€;

I) Diz-se na “Nota Descritiva e Justificativa de Trabalhos a Mais” a que se refere a alínea E) do probatório:

“Refere-se a presente Nota Descritiva aos trabalhos a mais da empreitada em epígrafe.

Esses trabalhos dizem respeito a trabalhos de natureza:

Proposta – no valor 58.898,07 €. Estes trabalhos ficaram a dever-se ao aumento das quantidades de trabalho inicialmente previstas, especialmente de Trolha e de Betão Armado.

Não Prevista – no valor de 402.502,52€. Estes trabalhos ficaram a dever-se essencialmente a erros e omissões do projecto levado a concurso, entre os quais salientamos:

- no projecto inicial não se contabilizou o aço para a execução de sapatas;



- *houve muitos erros e omissões no projecto eléctrico, especialmente no que diz respeito a sistemas de som e cinema, equipamentos cénicos, estruturas de palco;*
- *houve muitos erros e omissões no projecto de instalações mecânicas;*
- *o projecto que foi a concurso não contemplava Segurança contra Incêndios, e que foi necessário implementar em obra (a identificação por alíneas é nossa).*

Houve, no entanto, trabalhos previstos que não foram executados, o caso de revestimento de paredes com granito arrumado à mão, alguns arranjos exteriores, algum tipo de iluminação inicialmente prevista, sendo o seu valor de 109 670,15€.

O Mapa de Trabalhos, Quantidades e Preços referentes ao acima exposto, é apresentado em anexo.

Todos os trabalhos a mais e a menos foram autorizados superiormente.

Perante o exposto o valor dos trabalhos a mais orça em 351.730,44 €, a que acrescerá o valor de IVA à taxa legal em vigor (5%).” (a identificação por alíneas é nossa).



2.2. O DIREITO

2.2.1. Da alegada subsunção dos trabalhos relativos a “instalações mecânicas” ao disposto no art.º 26.º do DL 59/99, de 2/03

Dispõe aquele normativo sob a epígrafe “Execução de trabalhos a mais”, que:

“1- Consideram-se trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista, desde que se verifique qualquer das seguintes condições:

- a) Quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato, sem inconveniente grave para o dono da obra;*
- b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis da execução do contrato, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.”*

Podemos definir **trabalhos a mais** como aqueles que, não fazendo parte integrante dos trabalhos inicialmente projectados ou contratados, se tornaram necessários à execução do contrato inicial. Ponto é que essa necessidade tenha ocorrido na sequência de uma “circunstância imprevista” e que se verifique qualquer das condições previstas nas alíneas a) ou b) do art.º 26º do DL n.º 59/99, de 2 de Março.



Ficam, portanto, fora do conceito de “trabalhos a mais” **(i)** os trabalhos que não se destinem a tornar exequível um contrato inicial; **(ii)** os trabalhos que, apesar de preencherem o requisito exposto em i), não tenham como causa a ocorrência de uma circunstância imprevista, e **(iii)** os trabalhos que, apesar de preencherem os requisitos expostos em i) e ii), não preencham nenhuma das alíneas do n.º 1 do art. 26º.

Circunstância imprevista é toda a circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto.

*

Alega, a propósito, a Recorrente:

- “(...) o que em bom rigor se passou foi aquilo que, em face dos dados geológicos originariamente disponíveis, se apresentava como uma liminar impossibilidade de carácter objectivo, se veio, a final, a tornar factível: garantia do aproveitamento da zona sob a plateia do auditório.” (art.º 5.º da petição de recurso);
- “Na realidade, e com o decurso das escavações, acabou por se verificar que, por via de uma profunda alteração das instalações mecânicas (AVAC), se podia potenciar a zona em apreço para obter consideráveis ganhos de eficácia na perspectiva de um eficaz combate aos riscos de infiltrações, uma vez que o nível freático do terreno se revelava superior à cota mais baixa do auditório” (art.º 6.º da petição de recurso”;
- “Sucede que apenas a progressão de escavações permitiu apurar semelhante hipótese, não sendo minimamente exigível ou previsível, perante o cenário inicialmente traçado, que, em sede de



projecto, algo de substancialmente distinto para aquela zona houvesse sido programado ou delineado” (art.º 7.º da petição inicial).

Dos elementos carreados para os autos de recurso, resulta que:

- Os dados geológicos existentes, à data da elaboração do projecto inicial, não permitiam concluir que o nível freático do terreno era superior à cota mais baixa do auditório;
- Foi no decurso das escavações que se chegou a tal conclusão;
- Em face deste dado novo, conclui-se que a construção (aproveitamento) da cave, permitia, por via de uma profunda alteração das instalações mecânicas (AVAC), um combate mais eficaz ao risco de infiltrações.

Do exposto, podemos concluir o seguinte:

- No decorrer das escavações, conclui-se que o nível freático do terreno era superior à cota mais baixa do terreno;
- Em face dos dados geológicos existentes, tal facto surgiu como algo de inesperado e que não era susceptível de ter sido previsto aquando da elaboração do projecto inicial;
- As alterações realizadas aos trabalhos inicialmente projectados são uma consequência da ocorrência desse facto novo;
- Tais alterações, atento o fim a que se destinaram – combate eficaz aos riscos de infiltrações – eram necessárias à completa e boa execução do contrato inicial;
- Estes trabalhos, do ponto de vista técnico, não podiam ser separados do contrato, sem inconveniente grave para a Recorrente



(pense-se, v.g., nos gravíssimos inconvenientes de empreitadas simultâneas);

- Ou seja, verificam-se todos os requisitos do art.º 26.º do DL 59/99, de 2/3.

Procede, por isso, nesta parte, a alegação da Recorrente.

2.2.2. Da alegada subsunção dos trabalhos relativos a “equipamentos técnicos” e “iluminação cénica”, no montante de 68 675,34€, e dos “sistemas de som de cinema”, no montante de 23 899,60€, ao disposto no art.º 136.º, n.º 1, alínea b), do DL 59/99, de 2/3

Alega, a propósito, a Recorrente:

- *“(…) apenas a entidade adjudicatária se encontrava em condições de fornecer os equipamentos e sistemas em apreço e de proceder à respectiva instalação, não só, nem sobretudo, pelo elevado teor de especialização técnica dos equipamentos, sistemas e trabalhos em questão, mas, antes, por força da sua posição tecnicamente privilegiada por relação à obra em apreço, uma vez que foi da sua inteira responsabilidade a construção de todo o auditório municipal, que, obviamente, adaptou à incorporação, em termos óptimos, dos referidos equipamentos e sistemas” (art.º 30.º da petição de recurso).*



Tribunal de Contas

Dispõe a alínea b) do art.º 136.º do DL 59/99, na parte que agora nos interessa, que o ajuste directo é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, quando se trate de obras cuja execução, por motivos técnicos, só possa ser confiada a uma determinada entidade.

De acordo com a interpretação que temos por correcta, este tipo de procedimento só estará legitimado quando a entidade adjudicante demonstre que só aquele concreto adjudicatário está tecnicamente habilitado a executar a obra pretendida.

O ajuste directo, com o fundamento descrito, só é admissível porque o legislador entendeu que, havendo apenas uma empresa capaz de executar uma determinada obra, a Administração não deveria recorrer a um concurso, por se saber à partida que só aquela empresa poderia ser admitida¹. Esta é a *ratio* da norma.

Se a Administração cria ela própria as circunstâncias fácticas conducentes a uma situação em que só uma empresa lhe pode executar uma determinada obra, então teremos que dar por inverificada a previsão e a estatuição da alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º, do DL n.º 197/99, de 8 de Junho.

Por outras palavras:

- Verifica-se a previsão e a estatuição da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, quando, por razões de mercado, existe apenas

¹ Vide Margarida Olabazal Cabral, in “O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, Almedina, 1997, pág.132



uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada obra;

- Não se verifica a previsão e a estatuição da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, quando, por razões imputáveis à entidade adjudicante, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada obra².

No caso dos autos, não está minimamente comprovado que a adjudicatária era a única empresa “em condições de fornecer os equipamentos e sistemas em apreço e de proceder à respectiva instalação”, o que, só por si, é suficiente para julgar improcedente a alegação da Recorrente.

Mas mesmo que tal se tivesse comprovado, sempre teríamos que concluir que tal facto se tinha devido a razões imputáveis à entidade adjudicante.

Com efeito, e conforme resulta da fundamentação do acto adjudicatório, o que está na origem de tais trabalhos é a existência de um projecto inicial deficiente, o que equivale a dizer que, a ser a adjudicatária a única empresa “em condições de fornecer (...) e de proceder a respectiva instalação”, tal facto se deveu a culpa da Recorrente.

Improcede, por isso, nesta parte, a alegação da Recorrente.



2.2.3. Da alegada subsunção dos trabalhos relativos a “fornecimento e aplicação de aço com sapatas”, no montante de 35 458,79€, e “segurança contra incêndios”, no montante de 80 668,90 €, ao disposto na alínea c) do art.º 136.º do DL 59/99, de 2/3

Alega, a propósito, a Recorrente:

- *“(…) foram razões de superior interesse público a ditar, de caso pensado, perante a urgência imperiosa de abrir à fruição das populações locais um empreendimento em que foram empenhados significativos recursos públicos (sensivelmente um milhão e meio de euros), o afastamento do procedimento de concurso para contratação do fornecimento de aplicação de aço com sapatas e do sistema de segurança contra incêndios” (art.º 31.º da petição de recurso);*
- *“Perante a desproporção dos valores em presença, entendeu-se, procurando, para tanto, arrimo no art.º 136.º, n.º 1, alínea c), do RJEOP, que o superior interesse colectivo traduzido na abertura do auditório às populações deveria prevalecer sobre o interesse público subjacente ao cumprimento das regras em matéria de concorrência, que, na hipótese em equação nos autos, sairia muito levemente prejudicado.” (art.º 32.º da petição de recurso);*

² Vide Acórdão do Tribunal de Contas, de 1 de Fevereiro de 2006, Plenário, in Recurso Ordinário n.º 1/2006.



Tribunal de Contas

- “A opção pelo procedimento de concurso traria custos significativos do ponto de vista da economia de procedimentos que apenas o recurso ao ajuste directo estaria em posição de neutralizar. (...)” (art.º 33.º da petição de recurso).

Dispõe o n.º 1 alínea c) do art.º 136.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, que o ajuste directo é admissível, na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelo concurso público, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra.

Motivos de urgência imperiosa são motivos que se impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de acorrer-se com rapidez³.

Existem **motivos de urgência imperiosa** quando, em juízo de probabilidade e tomando como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade, se concluir que o interesse público em realizar a obra com a máxima rapidez **se impõe** ao interesse público em realizar a obra através do concurso público ou de outro tipo de procedimentos que garantam, de alguma forma, a concorrência.

Dito de outro modo: se na ponderação do interesse público analisado nestas duas perspectivas se concluir que o interesse público em realizar a obra com a máxima rapidez for superior ao interesse público em realizar a obra através de procedimento concursal, justifica-se que

³ Acórdão do Tribunal de Contas, n.º 4/2005, de 2 de Fevereiro de 2005



Tribunal de Contas

o decisor público, verificados que se mostrem os restantes requisitos, escolha o procedimento consubstanciado no ajuste directo e contratualize a empreitada nesses termos.

Mas não basta que dessa ponderação resulte que o interesse público em realizar a obra com a máxima urgência seja superior ao interesse público em realizar a obra através de procedimento concursal, **sendo ainda necessário que essa “urgência imperiosa” seja resultante de “acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra”, e “não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra”**.

Por outro lado, os motivos de urgência imperiosa resultantes de circunstâncias imprevisíveis só são atendíveis, para efeitos de admissibilidade do recurso ao ajuste directo, se o objecto deste se contiver dentro dos limites do “**estritamente necessário**” ao fim em vista.

Acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do **real decisor**, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto.

Dito de outro modo: se perante um acontecimento que o decisor público podia e devia prever – acontecimento previsível – este optar pelo ajuste directo, isto significa que ele não procedeu com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado e de que era capaz,



Tribunal de Contas

tendo, por isso, incorrido em erro sobre os pressupostos do tipo de procedimento adoptado.

Pode, contudo, acontecer que haja motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento consubstanciado no ajuste directo. Estão nesta situação os ajustes directos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam imputáveis ao decisor público/dono da obra. É o que acontece quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigidos pelos concursos público, limitado e por negociação se devem a inércia do empreiteiro.

Vejamos, então, o caso em análise.

De acordo com a fundamentação do acto adjudicatório os trabalhos relativos a “fornecimento e aplicação de aço com sapatas”, deve-se ao facto de no projecto inicial não se ter contabilizado o “aço para execução de sapatas”, e os trabalhos relativos à “segurança contra incêndios” ao facto de o projecto concursado não ter contemplado tal sistema.

Ou seja, o que esteve na origem destes trabalhos foram omissões do projecto inicial, trabalhos esses que qualquer decisor público normal, colocado na posição do real decisor, podia e devia ter previsto.

Anote-se, a propósito, que os trabalhos omitidos, atenta a sua natureza, eram essenciais à execução do contrato inicial, pelo que a sua previsibilidade era, para além do mais, evidente.



Equivale isto a dizer que o ajuste directo não se deveu a qualquer acontecimento imprevisível, o que, só por si, é suficiente para julgar improcedente a alegação da Recorrente.

A “latere”, e porque a Recorrente assenta a sua alegação na existência de “motivos imperiosos”, sempre se dirá o seguinte:

- A abertura à fruição das populações locais de um empreendimento em que foram empenhados significativos recursos públicos, não configura um motivo de “urgência imperiosa”, ou seja, não é, por si só, um motivo que se imponha ao decisor público de forma categórica e a que este tenha de acorrer com rapidez;
- E não sendo um motivo a que se tenha de acorrer com rapidez, também não faz qualquer sentido falar em ponderação entre o interesse público em abrir o auditório e o interesse em adjudicar a obra através de processo concursal;
- Ou seja, também, por esta via, seria improcedente a alegação da recorrente.

2.2.4. Dos trabalhos a menos e do invocado erro do Acórdão recorrido resultante do abatimento destes ao valor do contrato inicial

O art.º 45.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2/3, inserido no Capítulo “*Controlo de custos das obras públicas*” e sob a epígrafe “*Controlo de custos das obras públicas*”, dispõe que:



Tribunal de Contas

“O dono da obra não poderá, em caso algum, autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artigo 26.º, alterações do projecto da iniciativa do dono da obra ainda que decorrentes de erro ou omissão do mesmo ou resultantes de alterações ao projecto, variantes ou alterações do plano de trabalhos, da iniciativa do empreiteiro, caso o seu valor acumulado durante a execução de uma empreitada, exceda 25% do valor do contrato de empreitada de obras públicas de que são resultantes.”

O que neste preceito se estabelece é que o montante acumulado dos trabalhos a mais - quer estes sejam ou não subsumíveis ao disposto no art.º 26.º - não pode exceder 25% do contrato inicial.

Se tais trabalhos excederem 25% do contrato inicial, então terão aqueles que ser adjudicados mediante a aplicação do procedimento que ao caso couber (vide n.º 4 do citado artigo).

Com este preceito visam-se, no essencial, quatro objectivos: **(i)** restringir significativamente a *“possibilidade de execução de trabalhos que envolvam aumento de custos resultantes, designadamente, de trabalhos a mais e de erros ou omissões do projecto (...)”* (vide preâmbulo do diploma); **(ii)** controlar as despesas, por forma *“a não frustrar os objectivos pretendidos com o regime de aplicação dos vários procedimentos de adjudicação dos contratos e a não subverter as regras da concorrência que lhe estão imanentes”*⁴; **(iii)** *“preservar a*

⁴ Vide Jorge Andrade da Silva, in “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”; Almedina, 8.ª edição, págs. 126 e 127.



*correspondência entre o procedimento concursal de adjudicação e o contrato, só assim se credibilizando e justificando a própria utilização de encontrar o co-contratante do dono da obra*⁵; **(iv)** “preservar a estabilidade do contrato”⁶.

Dando-se como assente que um dos objectivos do identificado preceito é evitar o aumento dos custos dos trabalhos a mais, **afigura-se-nos razoável o entendimento segundo o qual no cômputo de tais trabalhos a mais se deva ter em conta o valor dos trabalhos a menos.**

Mas serão todos os trabalhos a menos?

Afigura-se-nos que a resposta a esta questão só poderá ser negativa.

Para tanto, alinho os seguintes argumentos:

1. Trabalhos a menos são todos aqueles trabalhos que, estando contratualizados, não foram efectivamente realizados, e que, portanto, não serão (ou não deverão ser) objecto de qualquer contraprestação por parte do dono da obra;
2. A não realização de tais trabalhos pode dever-se, *inter alia*, a diversas circunstâncias:
 - a) Trabalhos que, estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outros da mesma natureza ou com o mesmo fim; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro da

⁵ Idem.

⁶ Idem.



mesma natureza ou com o mesmo fim (“trabalho a mais”) que se deixou de fazer o trabalho inicialmente contratualizado; há, aqui, uma relação directa de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”.

- b) Trabalhos que, estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outros de que tenha resultado a desnecessidade de efectuar aqueles trabalhos; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro (“trabalho a mais”) que se tornou desnecessária a realização de determinado(s) trabalhos(s), que estava(m) inicialmente contratado(s); há, aqui, uma relação, pelo menos, indirecta de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”;
- c) Trabalhos que, estando contratualizados, foram suprimidos, no decurso da obra, àquele contrato.

- 3. Na situação referida em 2. c), há um elemento essencial do objecto do contrato que dele deixou de fazer parte; nas situações referidas em 2. a) e b), está-se ainda perante todos os elementos essenciais do objecto contratual;
- 4. Na situação referida em 2. c), os trabalhos a menos, porque retirados ao objecto do contrato inicial, terão necessariamente que ser subtraídos ao valor daquele contrato; nas situações referidas em 2. a) e b), os trabalhos a menos, porque, na sua essencialidade, em nada alteraram o objecto do contrato inicial, podem ser deduzidos aos trabalhos a mais;



5. Se, para efeitos de cálculo do limite de 25%, se abatesse ao valor do contrato inicial o valor dos trabalhos pura e simplesmente suprimidos, estar-se-ia a fazer uma interpretação que, a final, acabaria por subverter o princípio geral da identidade entre o objecto material do contrato de empreitada e o objecto material do tipo de procedimento que precedeu a celebração do respectivo contrato⁷ e que justificou a “escolha” de um determinado co-contraente (vide, o que atrás se disse, sobre a *ratio* da norma);
6. Por outro lado, e tal como refere o Acórdão recorrido, abrir-se-ia “o caminho para a fixação de um alto valor inicial ao contrato por forma a propiciar a obtenção de um mais confortável “plafond” para os trabalhos a mais, tendo em conta o limite de 25%”, assim se subvertendo um dos objectivos do legislador que é o de restringir significativamente a “possibilidade de execução de trabalhos que envolvam aumento de custos (...)” (vide, o que atrás se disse, sobre a *ratio* da norma);

2.2.4.1.

O Acórdão recorrido, face aos elementos constantes nos autos, entendeu que os trabalhos referentes a “arranjos exteriores” (21 800,00€) e “drenagem de águas” (12 829,08€), foram pura e simplesmente suprimidos do contrato inicial.

⁷ Cfr. Paulo Otero, in Revista da Ordem dos Advogados, 56, III, pág. 922.



Entendeu ainda o Acórdão recorrido, na linha do que atrás se disse, que a supressão daqueles trabalhos implica o seu abatimento ao valor do contrato inicial e não aos “trabalhos a mais”.

Diz, a propósito, o aresto *sub judicio*:

“Ora, suprimindo ao montante inicial atribuído à empreitada (1 476 594,08€) os items que dela deixaram completamente de fazer parte (21 800,00€ + 12 829,08€) obteremos o valor de 1 441 964,98€.

Tais valores devem também ser suprimidos na contabilização dos valores imputados aos trabalhos a mais que, desta forma, somariam 386 360,26€.

Este valor, no entanto, representa cerca de 26,79% do referido valor de 1 441 964,98€, estando assim excedido o limite legal estabelecido no n.º 1 do art.º 26.º do Dec-Lei n.º 59/99.”

Entende a Recorrente que estes trabalhos devem ser abatidos aos trabalhos a mais e não ao contrato inicial e, desta forma, entrarem para cômputo dos 25% do valor do contrato inicial.

A) No que se reporta à supressão dos “arranjos exteriores”, no montante de 21 800,02 €, alega a Recorrente:

- “ (...) sem que tal fosse minimamente antecipável (...), temos que a eliminação dos trabalhos com arranjos exteriores se ficou simplesmente a dever à possibilidade, entretanto surgida, de haver lugar para a abertura de uma nova rua e de um parque adjacentes ao auditório (que estava, obviamente, longe de se encontrar nas cogitações dos responsáveis pela Autarquia aquando da projecção da construção do auditório), a qual acarretaria, inelutavelmente, a



total destruição desses arranjos caso se tivessem vindo a realizar” (art.º 13.º da petição de recurso);

- *“Sucede que a construção da rua e, bem assim, do parque antes mencionados não se prefigurava como minimamente expectável à data da elaboração do auditório (não se encontrando mormente prevista pelos competentes instrumentos de planeamento territorial e urbanístico), tendo sido a congregação de circunstâncias de carácter político-financeiro particularmente favoráveis ao Município que vieram a tornar concretizável o que antes não passava de uma miragem (as quais, como antes se sublinhou e agora reitera, tiveram lugar supervenientemente”* (art.º 14.º da petição de recurso)

Afigura-se-me que estes “trabalhos a menos” não devem ser abatidos aos “trabalhos a mais”, por não haver qualquer relação de causa e efeito, ainda que indirecta, entre aqueles e estes.

Na verdade, e de acordo com o alegado pela Recorrente, os “arranjos exteriores” foram suprimidos devido à possibilidade, entretanto surgida, de se poder construir em terrenos adjacentes uma nova rua e um parque, sendo certo que esta construção iria acarretar a total destruição desses arranjos. Ou seja, os “trabalhos a menos” relativos aos “arranjos exteriores” estão directamente relacionados com uma construção nova, a realizar no futuro, e que irá ser objecto de uma nova empreitada.

Não havendo qualquer relação de causa e efeito, ainda que indirecta, entre estes “trabalhos a menos” e os “trabalhos a mais”, não podem



aqueles ser abatidos aos “trabalhos a mais”, antes devendo ser abatidos ao valor do contrato inicial.

Improcede, nesta parte, a alegação da Recorrente.

B) No que se reporta à supressão da “drenagem de águas”, no montante de 12 829,08€, alega a Recorrente:

- A supressão destes trabalhos está intimamente relacionada com a revisão das instalações mecânicas (AVAC);
- Com efeito, tendo a revisão das instalações mecânicas operado uma *“redução sensível do nível freático importou, outrossim, na inutilidade do sistema de drenagens de águas”*;
- *“ (...) só com o avançar das escavações foi dado apurar que havia condições para uma tendencial eliminação dos riscos de infiltrações via sistema AVAC”*
- *“também só nessa altura, (...) se tornou claro o carácter obsoleto do sistema de drenagens que ia dirigido justamente a compensar as notórias debilidades assinaladas no primeiro”*.

As “instalações mecânicas” estavam inicialmente contratualizadas (vide mapa anexo à nota descritiva e justificativa de trabalhos a mais e a menos). Em obra, decidiu-se proceder à alteração daquele item, por se entender que, por via da optimização do sistema AVAC, se podiam obter consideráveis ganhos de eficácia em sede de riscos de infiltrações.



Estamos, assim, em presença de trabalhos que estavam contratualizados e que, em obra, foram substituídos por outros da mesma natureza e com o mesmo fim, de que resultou a desnecessidade de efectuar o trabalho denominado de “drenagem de águas”; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro (“trabalho a mais”) que se tornou desnecessária a realização do trabalho denominado de “drenagem de águas”.

Havendo, aqui, uma relação, pelo menos, indirecta de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”, teremos que concluir pela susceptibilidade de este “trabalho a menos” poder ser subtraído aos “trabalhos a mais”.

Procede, por isso, nesta parte, a alegação da Recorrente.

2.2.5.

O Acórdão recorrido recusou o visto ao contrato em apreço com dois fundamentos, a saber: (i) não sendo os “trabalhos a mais” subsumíveis ao disposto no art.º 26.º, n.º 1, do DL 59/99, e tendo estes um valor superior a 124 699,47 €, deviam os mesmos, nos termos do disposto no art.º 48.º, n.º 2, al. a), do DL 59/99, ter sido adjudicados através de concurso público, sendo que *“a omissão de concurso público é fundamento de nulidade da adjudicação por falta de elemento essencial (art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo) a qual se transmite ao contrato, assim se constituindo o fundamento de recusa de visto a que alude a alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º*



98/97, de 26/8.”; (ii) sendo o montante acumulado dos trabalhos a mais superior a 25% do valor do contrato inicial, mostra-se violado o art.º 45.º do DL 59/99, o que implicava que a adjudicatária lançasse mão do procedimento que ao caso coubesse, ou seja, ao procedimento referido em (i).

Vejamos, pois, se se mantêm os fundamentos invocados no Acórdão recorrido.

A) Da imputada violação pela entidade adjudicante do disposto no artº 45.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2/3

O que neste preceito se estabelece é que o montante acumulado dos trabalhos a mais – quer estes sejam ou não subsumíveis ao disposto no art.º 26.º – não pode exceder 25% do contrato inicial.

Os trabalhos a mais no sentido atrás referido somam 461 400,59€ (58 898,07€ +402.502,52€) – vide alínea C) do probatório.

Os trabalhos a menos susceptíveis de serem abatidos aos trabalhos a mais, para efeitos da aplicação do art.º 45.º, n.º 1, são apenas os relativos a “drenagem de águas”, no montante de 12 829,08 €, o que equivale a dizer que **os trabalhos a mais são no montante de 448 571,51 € (461 400, 59€ – 12 829,08€).**



Os trabalhos a menos relativos a “Arranjos exteriores”, pelas razões referidas em 2.2.4, 2.2.4.1, alínea A), têm que ser subtraídos ao valor do **contrato inicial** o que perfaz **1 454 794,06€** (1.476 594,08 -12 829,08); **25% do valor do contrato inicial**, ou seja, de 1 454 794,06 € **é 363 698.50€; donde os trabalhos a mais que são no valor 448 571,51€ ultrapassam o limite dos 25% permitidos pelo art.º 45.º do DL 59/99.**

Mantém-se, assim, a imputada violação do supra mencionado preceito, sendo improcedente a alegação da Recorrente.

B) Da imputada violação pela entidade adjudicante do disposto no art.º 26.º, n.º 1, e 48.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, de 2/3

Os “trabalhos a mais” relativos a “fornecimento e aplicação de aço com sapatas”, a “segurança contra incêndios”, “equipamentos técnicos” e iluminação cénica” e “sistemas de som de cinema”, no montante total de 208.708,63, bem como os indicados na alínea C) do probatório, não se integram no art.º 26.º, nem em qualquer alínea do art.º 136.º, ambos do DL 59/99. Tais trabalhos, ainda que ao seu montante total subtraíssemos o trabalho a menos denominado “drenagem de águas” (461 400, 59€ – 12 829,08€ = 448 571,51€), sempre teria um valor superior ao do concurso limitado sem publicação de anúncio, que é de 124 699,47€. (art.º 48.º, n.º 2, alínea b), do DL 59/99), o que implicava



Tribunal de Contas

a abertura de concurso público ou limitado com publicação de anúncio (art.º 48.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99).

Ou seja, a Recorrente lançou mão do ajuste directo quando o procedimento aplicável era o concurso público ou limitado com publicação de anúncio, incorrendo, por isso, na violação conjugada dos artigos 26.º, n.º 1, e 48º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99.

Estamos, assim, em presença de um acto de adjudicação que, por ter sido antecedido de um procedimento que primou pela total ausência de concorrência e publicidade, quando o procedimento aplicável era um procedimento que tem como *ratio* a concorrência e a publicidade, está eivado de um vício de tal modo grave que torna inaceitável a produção dos seus efeitos jurídicos, sendo, por isso, nulo.⁸

É, de resto, jurisprudência unânime deste Tribunal o entendimento de que o concurso público, quando obrigatório e se mostre verificado o circunstancialismo supra referido – adopção do procedimento denominado de ajuste directo quando o procedimento a adoptar deveria ser o concurso público –, é elemento essencial da adjudicação, pelo que a sua ausência é geradora de nulidade da adjudicação (artº. 133º, nº. 1, do CPA); nulidade que se transmite ao contrato (art. 185º, nº, 1, do CPA) e constitui fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto no artº. 44º, nº. 3, al. a), da Lei nº. 98/97, de 26/8⁹

⁸ Anote-se que o acto nulo, ao contrário do acto anulável, não produz quaisquer efeitos jurídicos, não precisando, para tanto, de qualquer declaração de nulidade (artigos 134º e 136º do CPA).

⁹ Vide Acórdãos do Tribunal de Contas n.ºs. 8/2004, de 8 de Junho, 1ª.S/PL, e 4/2005, de 22 de Fevereiro, 1ª S/PL



Mantém-se, assim, a imputada violação dos supra mencionados preceitos, sendo improcedente a alegação da Recorrente.

3. DECISÃO

Termos em que, com fundamento no artº. 44º, nº. 3, al. a), da Lei nº. 98/97, de 26/8, se decide manter a recusa do visto ao contrato supra identificado, assim se julgando improcedente o recurso.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 21 de Fevereiro de 2006

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Adelino Ribeiro Gonçalves)

(Pinto Almeida)

O PROCURADOR-GERAL ADJUNTO